10 # 15

✠

POR

DON MIGUÈL
LOPEZ DE HEREDIA
PEREZ DE POMAR,

EN EL PLEYTO
DE DEMANDA CIVIL,
INTRODUCIDA A SU INSTANCIA,
CONTRA LA MARQUESA
DE CONTAMINA,
Y EL MARQUES
DE BARBOLES.

SOBRE EL DOMINIO, Y RECOBRO del Val de Rassal, y Lugar de Sigues.

AUNQUE es dificil formar dictamen en ningun Pleyto, sin vista de los Autos, es menos arriesgado en los que penden meramente de clausulas, y arbol, y en que desde luego se descubre el bueno, ò mal derecho de las Partes, cuyos dos extremos se verifican en este, que para su resolucion tiene por unico Norte las clausulas del Testamento de Don Sancho Perez de Pomar, y Doña Violante de Ayerve, y el arbol de su descendencia; y à la primera vista descubre, como literal, el buen derecho de Don

Miguèl , y la ninguna ſubſiſtencia de las excepciones contrarias; pero haviendoſe yà eſcrito por ſus Abogados con aquella ſolidèz , y acierto proprio de tan grandes Maeſtros, ſe reducirà eſte diſcurſo por modo de recopilacion de lo que eſtà bien fundado, à hacer preſente lo que con la miſma brevedad,que ſe procurarà,puede hacerſe quizàs de mayor eficàcia, y convencimiento.

Ingenuamente ſe debe confeſſar, que, à nueſtro corto entender , ſe ſufre eſte Pleyto ſobre puntos , que por ciertos, è incontrovertibles , no debian queſtionarſe , y dexa de diſputarſe lo que , ſegun dichas clauſulas , admite mas duda , y tiene menos evidencia. No dudandoſe , como no ſe duda , al parecer , de las filiaciones por donde Don Miguèl , y ſus Contendores ſe entroncan con el aſcendiente comun , ſegun la sèrie del arbol, ni del contexto de las clauſulas copiadas deſde el *num.* 2. ni tampoco de las ſucceſsiones continuadas,yà *abinteſtato*, yà *ex teſtamento*,deſde D. Sancho de Pomàr,(*num.* 1.) haſta Don Miguèl : (*num.* 25.) Es conſiguiente haverſe derivado à eſte todo el derecho , que tuvo ſu Aſcendiente Don Pedro (*num.* 2.) al Val de Raſſal , y Lugar de Sìgues , haviendole inſtituìdo heredero univerſal D. Sancho, y Doña Violante , en la clauſula copiada al *num.* 3. de dicha alegacion ; y aſsimiſmo , que ni Don Martin , ni Don Gaſpar de Pomàr han podido tranſmitir à la Parte contraria , que deſciende de eſta raìz, ninguno otro derecho , que el unico , que les competiò por ſu prelegado , como conſta de la clauſula del *num.* 2. pues nadie puede transferir à otro ſino lo que tiene , ni el cauſado pretender mas derecho , que el que tuvo ſu cauſante ; reglas tan vulgares , como comprehenſivas, no ſolo de los dichos Don Gaſpar , y Don Martin , ſino tambien de Don Sancho Perez de Pomàr , (*num.* 6.) en cuya capitulacion matrimonial , muy poſterior al Teſtamento de D. Sancho, y Doña Violante, (*num.* 1.) otorgado en 18. de Agoſto de 1433. no pudo vincularſe derecho ~~alguno~~ ageno , y perteneciente à otro genero

de

debien-

de personas, y linea diversa: de suerte, que ~~hacien-~~dose contentar con la que destinò à cada uno el Testador ascendiente comun, podrèmos decir, que respectivamente cada una de estas Partes *sua se iactet in aula*, como dixo el Poeta; y que no pudiendo aspirar por sus causantes al todo de esta herencia, sino meramente al primitivo prelegado de la clausula de el *num.* 2. los causantes de la Condesa de Contamina, y Marquès de Barboles, deben dexar libre el goce de los bienes que se litigan, al demandante, que por medio de sus Antecessores deriva el derecho de heredero, con sus expressas qualidades, de la literal disposicion de la clausula del *num.* 3.

Ni puede embarazar este clarissimo concepto la excepcion, que parece se ha opuesto de prescripcion; asilo, y recurso, que llaman iniquissimo los AA. *Ut videre est apud Ciarlinum, controv. lib. 2. cap. 219. num. 84.* Pues no falta menos para considerarse prescripto el derecho à los mismos Lugares de Rassal, y Sigues, que la possession, vasa sobre que estriva toda la maquina de la prescripcion, siendo literal en las dos clausulas del *num. 2. y 3.* el derecho deprenda, exclusivo, por su propria naturaleza, del derecho de dominio, è incompatible con la possession agena; que se conserva en el pignorante, y se detiene en el pignorado, en el nombre ageno del mismo pignorante, à cuyo intento son muy puntuales las Doctrinas de los Señores: Salgado, *en el Labyrintho, 1. part. cap. 11. à num. 14.* & Crespi, *observ. 116. num. 22.* Como tambien la ilacion, que se saca al *num.* 15. de dicho Papel, de que por el contrario la accion pignoraticia, ò la Real vindicacion, que compete à el pignorante, tampoco es prescriptible, con la Ley *Nec Creditores, C. de pignorat. act.* y la Doctrina de Negusancio, *de pignorib. part. 6. num. 19.* y de Antonio Gomez, *lib. 1. Variar. cap. 9. num. 27.* Y los que añade su Adiccionador Aillon con larguissima remission, sobre lo imprescriptible de los

 dere-

derechos facultativos, como lo es el *jus offerendi*, ò desempeño de la cosa opignorada. A que se debe añadir la terminante disposicion de las *Leyes 4. tit. 15. lib. 4. de la Recopilacion*, cuyas palabras son: *Si alguno tuvo, ò posseyò alguna heredad, ò otra cosa à empeños, ò en Encomienda, ò arrendada, ò aloxada, ò forzada, no se pueda defender por tiempo, que estos à tales no son tenedores por sì, mas por aquellos de quien la cosa tienen.* Lo mismo dice la *ley 3. tit. 13. lib. 3. del Ordenamento. La 1. tit. 11. lib. 2. del Fuero Real. La 22. tit. 29. partid. 3.* A las quales se debe deferir mucho mas, que à ninguna otra Doctrina Magistral, sin hacer detencion, ni en la variedad de las formulas antiguas de los Legados, que se toca en el primer Papel, desde el *num.* 16. sobre cuyo assumpto bastarà un ligero recuerdo de la clausula en que està instituìdo heredero Don Pedro de Pomàr, que es la del *num.* 2. acotada en el 21. del primer Papel; pues dirigiendose su contexto al mismo D. Pedro heredero, y no à Don Martin, ni Don Gaspar, en quanto al derecho de redimir esta prenda, no es tergiversible ser facultativo en este, è imprescriptible el *jus offerendi*, ò derecho de redimir la prenda.

Tampoco se debe fatigar la atencion de los Señores Juezes, sobre si este Legado se debe considerar doble, ò cencillo; esto es, si en la clausula del *num.* 1. se dexaron dos Legados distintos, uno de 6ꝟ. florines, con la expressa hypotheca de los Lugares que se litigan, y otro de los frutos, ò usufrutos de ellos; de que se trata en la primera alegacion del *num.* 13. pues en qualquiera consideracion resulta el mismo efecto de ser facultativo, è imprescriptible, y proprio de Don Miguèl el derecho de redimir esta prenda, extinguiendose con la redempcion igualmente el derecho de la Parte contraria, para retener estos Lugares, aunque los tenga *jure pignoris* por un Legado solo, ò por dos distintos.

Puede ser que nos engañe nuestro proprio concepto,

to, si con lo dicho no estuviere desempeñada la primera parte de la proposicion, que sentamos al principio, de sufrirse este Pleyto sobre lo que no es controvertible: Y reservando la decision de esta propuesta al superior juizio à que està sujeta la misma decision del Pleyto: *Juxta illud Taciti: tibi summum rerum judicium Dij dedere, nobis obsequij gloria relicta est*; passarèmos à probar, aun con mayor brevedad, la segunda parte, que el Pleyto podia seguirse sobre lo que no parece, que en la Demanda se ha deducido: Esto es, que para el recobro de los Lugares de Val de Rassal, y Sigues, no necessitaba Don Miguèl de satisfacer à la casa de Contamina los 6ɥ. florines del prelegado hecho à sus causantes Don Martin, y Don Gaspar, y en su lugar las 2ɥ850. libras jaquesas, à razon de nueve sueldos, y seis dineros de plata, que ha sido siempre la estimacion del florin; sino que antes bien debia decir à la dicha casa *quod petis intus habes*, precisandola à computar los frutos percibidos de los dichos Lugares, en el capital, y suerte principal de los 6ɥ. florines de su prelegado: assi conforme à la prohibicion Canonica *propter fœnus usurarium*, que se expende en el *num.* 11. de la primera alegacion con los lugares de *Leotardo de usuris*, *q.* 97. *num.* 30. y del señor Covarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 1. *num.* 9. Comprehensivos no solo de los contratos, sino de las ultimas voluntades, y à que pueden añadirse por ambos extremos las *leyes* 1. *y* 2. *C. de pignorat Act. el cap.* Bertholdus, *de re judicata*; *el* 1. 2. *y* 8. *de usuris*, con las Doctrinas del Cardenal de Luca, *de usuris, disc.* 9. *num.* 4. y Lagunez, *de Fruct.* 1. *part. cap.* 31. *§.* 7. *num.* 25. y otros muchos, que se omiten por evitar molestia, y hacer pausa en la Doctrina del Cardenal Tuscho, cuya antiguedad autoriza mas que de vista esta conclusion. Dice: *En la* 66. *lit. L. legatum factum de scutis* 20. *super vinea legantis dicitur quantitatis, & in pecunia consistere, non autem in tanta parte vineæ: ideò hæres non tenetur ad ratam fructuum vineæ etiam post moram, & quod*

quod illa verba super vinea, vel super bonis importent hypothecam vinea, vel bonorum, prosiguiendo el assumpto con muchos textos; y aunque se admite desde luego la Doctrina de Leotardo, *quest.* 18. *num.* 26. y la observancia de Aragòn, *Item si alicui*, *tit. de pignoribus*, que se acotan en el *num.* 12. de la primera alegacion, se deduce expressamente de este texto juntas las clausulas del *num.* 2. y la que se expende al *num.* 22. de la primera alegacion lo que vamos fundando.

Es constante, que la citada observancia de Aragon habilita la percepcion de los frutos, sin que deban computarse en el capital, quando expressamente dice el donante: *Volo quod teneas illas hæreditates ad forum, seu formam de Axovar, fructibus non computatis in quantitate.* Pregunto: Dicen nuestros Testadores, que quieren que gocen en esta forma el prelegado de los seis mil florines Don Martin, y Don Gaspar? Responderàn, que no, sino antes bien lo contrario, las citadas clausulas; pues la del *num.* 2. no dice, que gocen los frutos, hasta que el heredero les satisfaga los seis mil florines, sino que tengan, y possean los dichos Lugares de aqui à en tanto, que cada uno de ellos sea contento, y entregado de los dichos cada tres mil florines: de suerte, que el pago no lo dexa à la execucion de el heredero, en el desembolso de los seis mil florines, sino en la efectiva percepcion de el capital, con el goce de dichos Lugares; siendo esta la fuerza que debe darse à las palabras, *Contento, y entregado*, que significan la efectiva satisfaccion, y pago de el capital, y no el desembolso accidental de el heredero. La otra clausula citada al *num.* 22. de la alegacion primera, es aùn mas expressiva que la que se acaba de ponderar, pues si Francisca, hija de los Testadores, en su legado de quince mil sueldos sobre el Lugar, y terminos de Almaleque, dexado con la misma calidad, hasta tanto, que sea contenta, y pagada de los quince mil sueldos de su legado, ne-

ces-

cessito de expressa disposicion de los Testadores para poder percebir setecientos sueldos cada año de los frutos, sin imputarlos en la suerte principal, es visto; que quando el Testador quiso, que alguna porcion de frutos no se computasse en el legado, lo expresso, y lo mismo huviera hecho respecto de Don Martin, y Don Gaspar, si huviera querido, que no imputassen en los seis mil florines el todo, ò parte de las rentas de el Val de Rassal, y Lugar de Sigues, y no haviendolo expressado, se infiere, que no lo quiso; pues una parte de el Testamento se declara con otra, *leg. Media 44. ff. de adquir. possess. cum vulgatis.*

Valga la verdad: Para no computar en Aragon, en esta, y semejantes hypothesis, los frutos, es menester disposicion de hombre, y essa expressa, pues solo con esta calidad lo permite su citada observancia, quedando, fuera de este caso, à la disposicion de el Derecho Comun, y Canonico, que lo resiste: luego no haviendo en nuestro caso tal permission, sino disposicion contraria: *Exeptione manet firmata regula in contrarium.* Sin que deba omitirse, que en Aragon *se debe estàr à la Carta, observ. 1. de Æquo vulnerato*, y consiguientemente necessita la Casa de Contamina de literal permission para no computar en los seis mil florines los frutos percibidos.

A vista de todo lo referido, queda calificada la segunda parte de nuestra propuesta, de que este pleyto, en lo que no se ha seguido es en lo que pudiera disputarse, y à nuestro corto entender, con tan buen derecho de Don Miguèl, como acreditan los fundamentos que se han expendido.

Diràse, que en su demanda se allana al desembolso de los seis mil florines, ò su referido equivalente, omitiendo la pretension de que la Casa de Contamina compute en su capital los frutos percibidos, y que assi llega tarde todo lo que sobre esto se alega en este Informe. Pero esta excepcion nunca

puede

puede impedir, que obtenga Don Miguèl esta justa, y debida imputacion de frutos en el capital de los seis mil florines, porque naciendo de el mismo instrumento en que se funda la Casa de Contamina para retener estos Lugares despues de estarle hecho pago de su capital, con los frutos percibidos, la accion, que compete à Don Miguèl para su recobro, es de tal naturaleza, que basta proponerla en su Alegacion Juridica, aunque no estè articulada, ni deducida en los Autos, y de la classe de aquellas, que no solo puede, sino debe suplir de oficio el Juez, como resultante en el processo, y de los mismos Autos de el pleyto, aunque en ellos se haya omitido su deduccion; para cuya prueba son terminantes las doctrinas de Carlos de Grassis *de Exeptionibus*, *except.* 13. *per totam*, *& signanter num.* 13. *&* 54. ibi: *Et sufficit hanc exeptionem allegari in allegationibus juris*, citando à Bartholo, Jasson, Felino, Parisio, y Magonio. Y la de el señor Don Christoval Crespi, *observ.* 10. *à num.* 35. donde fundando la misma proposicion de Grassis, concluye igualmente, no solo la facultad, sino la precision que tiene el Juez de suplir de oficio la omission que tuvo la parte en su demanda: Y no puede admirarse esta proposicion, quando nace de la equidad de la ley, que prevalece à todo, *leg. Qui æquitate*, *ff. de doli mali*, *& met. except.* Grassis *ubi nuper in principio*, no permite, que naciendo de un mismo instrumento la accion, y la excepcion, *una eademque res diverso jure censeatur*. Y en los terminos presentes por mayoria de razon se debe juzgar, y sentenciar baxo este concepto, por tratarse de evitar el *fœnus usurarium*, assumpto, sobre el qual ninguna especialidad debe reputarse por nimia, ni causar estrañeza, ni admiracion, teniendo mas lugar todo esto en un Tribunal Superior, como lo es la Real Audiencia, donde pende este pleyto, que no se ciñe rigorosamente à la letra de las peticiones, y

debe

debe ſentenciar ſabida la verdad de los hechos ; y como mejor conduzca , à que ſe le guarde à cada Parte ſu derecho, *l.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recopilac.* ſin que le falte enteramente formal inſtancia de la parte por la que ſe contiene en las clauſulas generales , y ſaludables de las demandas , y pedimentos , de quibus apud practicos, Paz, Villadiego , Hevia Bolaños , &c. Y en los Tribunales , que proceden con eſta ſuperioridad *ſola veritate facti inſpecta* , es llaniſsimo , que ſe puede ſentenciar *ex cauſa non deducta* , *ſed probata* como funda , con Cacherano , Alex, y Petra , Triſtani *deciſ.* 107. *num.* 33. el qual proſigue abundantemente la eficacia que hemos dado à las clauſulas generales , y ſaludables ; dexando advertido en el numero citado, que la ineptitud de el libello , no daña , quando conſta de la intencion de el Agente , por las miſmas probanzas , è inſtrumentos , fundando eruditiſsimamente por toda la citada deciſsion 107. la practica de que los Juezes , eſpecialmente los ſuperiores, ſentencien ſegun la realidad de los hechos que reſultan de los Autos , aplicando ſu noble oficio para deſcubrir eſta realidad de los hechos , y que deben juzgar atendiendola *etiam ex officio* , lo qual procede mucho mejor para que deban ſuplir , aun en coſas de hecho , todo aquello , que les conſta como tales Juezes , aunque la parte ſe deſcuide de exponerlo , ſegun las doctrinas de Bartholo , y Petra , que refiere , y ſigue el miſmo Triſtani en la deciſsion citada, *num.* 3.

Ni ſe puede dudar, que à los ſeñores Juezes de eſte pleyto , como tales Juezes , y no como particulares , ò perſonas privadas , les conſta la accion de Don Miguèl para el recobro de los Lugares , que litiga , debiendoſe computar en el capital de los ſeis mil florines los frutos percibidos , y mediante el eſtàr ſatiſfecho , y pagado eſte prelegado , ò credito , haſta cuyo tiempo es literal la duracion del *jus pignoris* en las dos clauſulas *num.* 1. *y* 2. de el primer Informe , de el

Teſ-

Teſtamento de Don Sancho, y Doña Violante, aſcendientes comunes, que es el inſtrumento en que funda la Caſa de Contamina, y del qual reſulta, que lleva en ſu miſmo vientre la excepcion que compete à Don Miguèl de eſtàr yà con los frutos percibidos, ſatisfecho el prelegado de los ſeis mil florines, el inſtrumento de que ſe vale dicha Caſa para retener los Lugares, que ſe litigan: en cuya fuerza ſe contrae à los terminos preſentes; lo que queda fundado.

Diràſe, que no haviendoſe oìdo formalmente à los Contendores ſobre eſte punto de la imputacion de frutos en el capital, no ſe puede determinar ſobre èl; pues aun la elevacion de los Summos Pontifices confieſſa no tener authoridad para tanto, *ad text. in cap. 1. de cauſa poſſeſſ. & prop.* ibi: *Nec Nos contra inauditam partem aliquid poſſumus definire.* Pero ſi tuviera fuerza eſte argumento fuera tanta, que deſtruyera todas las doctrinas, y reglas legales, que ſe han expendido, y jamàs ſe verificarà la aplicacion de el oficio noble de el Juez en la ſentencia, ni la facultad, y preciſion, que en ſus caſos tiene para ſuplir, como hemos dicho, el deſcuido de la parte, ni ſe diferenciara la excepcion, que reſulta del vientre de el inſtrumento, y ſus ſemejantes, de qualeſquiera otras excepciones menos privilegiadas. A mas, de que ſi fuera preciſa conteſtacion de la parte contraria, y oìrla, en eſtos caſos no ſe pudiera dexar de citarla, y es conſtante, que en ellos no ſe le cita *ut videre eſt* en la citada deciſsion 107. de Triſtani *maximè num.* 13. ni ſe buelve à abrir de nuevo el juicio, ſin que en ello ſe contravenga à la mencionada diſpoſicion Canonica, ni à las reglas naturales de la preciſa audiencia de la parte; pues eſta la ſuple igualmente el Juez de oficio, no aplicando el ſuyo noble à la parte contraria, ſino es quando reflexionado *hinc inde* el derecho de ambas, reconoce la ſolidèz del que compete à aquella, à quien aplica ſu oficio, y que por el contrario eſtà deſtituìda de razon, y juſticia la pretenſion del Contendor.

Yà

Yà tememos fatigar demaſiado la ſuperior atencion de los ſeñores Juezes de eſte pleyto, por lo qual nos abſtendrèmos de recopilar lo fundado en la ſegunda parte de la primera alegacion acerca de ſi los Lugares que ſe diſputan pertenecen à Don Miguèl *jure Vinculi*, lo qual ſobreabunda, pues quando huvieſſen tenido ſus cauſantes facultad de diſponer, y no haya vinculo, la miſma sèrie de haverſe ido ſuccediendo unos à otros, yà *ab inteſtato*, yà *ex teſtamento*, yà mediante la donacion, que ſe enuncia en unos capitulos matrimoniales, dexa ſin diſputa, que por tranſitos legitimos ha recaìdo en Don Miguèl eſte derecho, y que uſaron de la libre facultad, que pudo competerles, ſi no huvieſſe Vinculo, diſponiendo, mediante ſu miſma libertad, los unos en favor de los otros. Sin embargo, porque no parezca que omitimos enteramente el punto de ſi ay Vinculo, yà que ſe forma ſegunda parte ſobre eſte punto en el primer papel, apuntarèmos breviſsimamente, que puede conſiderarſe eſte Vinculo en la clauſula copiada al numero 2. donde deſpues de la inſtitucion de heredero, hecha à favor de Don Pedro de Pomàr, ſe le prohibe *independentèr, & de per ſe*, la enagenacion, ſino en *hijos legitimos ſuyos varones, que ſean de buen ſeſſo*; en cuyos terminos induce dicha prohibicion, Vinculo, no ſolo en el caſo de contravencion, ſino en el de la muerte, como reſuelven comunmente los Authores, y entre otros muchos el ſeñor Caſſanate, Graciano, Andreolo, Carena, Altogrado, Fontanela, y Fiarlino; à los quales, con otros, cita, y ſigue Triſtani, *deciſ.* 60. *num.* 4. con deciſsion de la Audiencia de Cataluña, que puede añadirſe à lo fundado en la primera alegacion deſde el numero 39. acordando las igualmente ponderadas congeturas de la calidad de los bienes, la nobleza de los Teſtadores, uſo, y eſtilo de la Provincia donde ſe teſtò, ſer diſpoſicion entre deſcendientes, y no entre tranſverſales, la maſculinidad contemplada con aquella notable expreſ-

ſioe,

sion, *Varones que sean de buen sesso*: el todo de la disposicion, que en la clausula siguiente expressa, se succeda de grado en grado: Y finalmente las dos reglas sabidas de que mas facilmente se continùa, que se induce à principio el gravamen, y que en esta materia *singula quæ non prossunt collecta juvant*, acerca de cuyas congeturas es digno de verse à Don Ignacio de Ortega, Fiscal de el Consejo de Ordenes en sus excelentes Adiciones al señor Covarrubias, *cap.* 16. *§.* 3. *à num.* 2.

Ojalà, que yà que no basten nuestros borrones para que obtenga Don Miguèl, unidos ellos à lo doctissimamente escrito antes por sus Abogados, y sobre todo à lo que adelantarà la summa perspicacia, y gran saber de los señores Juezes de este pleyto, tengan nuestras cortas reflexiones la eficacia, que debèmos desearlas, y que logren el dissimulo de sus yerros con la disculpa de Apuleyo *florid.* 22. *Nulla res potest esse simul festinata, & accurata, nec esse quidquam omnium quod habeat, & laudem diligentiæ, & gratiam celeritatis.* S. S. I. O. T. S. S. C.

Doct. D. Francisco Marquez de Prado.